

1. Introdução

Os manuais de Ciência das Finanças costumam destacar a importância da despesa pública no contexto da economia do País. Malgrado os limites e restrições que vêm sendo impostos ao Estado contemporâneo, com a prevalência das teses neoliberais, que preconizam a privatização ou terceirização dos serviços públicos, inclusive na previdência social, com a redução das dimensões da estrutura estatal, as despesas do setor público na sociedade brasileira continuam desempenhando enorme importância em nossa economia. Um programa de governo pode contribuir decisivamente para estimular determinados setores, encaminhando para ali os investimentos antes direcionados para outros segmentos.

O Estado continua sendo o maior contratante de obras, serviços e compras. A redução do seu papel deve ser levada a efeito com extremo cuidado numa sociedade em que as desigualdades são fantásticas e em que os serviços públicos são quase inexistentes em algumas regiões, sem a possibilidade de serem substituídos pela iniciativa privada.

A relevância do seu papel na aquisição de bens e serviços, bem como na construção de obras públicas, faz com que assumam a maior importância o debate sobre as normas jurídicas específicas sobre o procedimento respectivo: a licitação.



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 04/06/2003.
MEIRA, José de Castro. Licitação. **Boletim de licitações e contratos**, v. 10, n. 1, p. 5-14, jan. 1997.

Comecemos nossa análise por uma breve referência à sua natureza jurídica.

Na Constituição de 1967/69, não havia norma expressa quanto à competência para legislar sobre licitação, o que deu azo à formação de duas correntes: uma entendendo que se trataria de normas de direito financeiro, pelo que caberia à União traçar as normas gerais, remanescendo no âmbito estadual a atribuição de editar normas supletivas; para outros estudiosos, entretanto, seriam normas de direito administrativo, delegadas a cada unidade federada, ficando a parcela da União restrita ao setor público federal.

Desse modo, os seguidores da segunda corrente questionavam a validade do art. 85 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.86, vigente até o advento da Lei nº 8.666, de 21.06.93, que determinava a aplicação aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Território das normas gerais nele estabelecidas.

A Constituição Federal de 1988 veio prestigiar essa alternativa ao determinar a competência privativa da União para legislar sobre *"normas gerais de licitação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle"* (art. 22, XXVII). Resta, assim, aos Estados o exercício da competência suplementar (art. 24, § 2º).

2. Conceito

A licitação é o procedimento pelo qual são escolhidos aqueles que pretendem contratar com a Administração Pública.

CELSO RIBEIRO BASTOS faz interessante observação:

"Enquanto no comércio privado a motivação do lucro e a defesa dos interesses próprios faz com que cada contratante procure

contrair obrigações com aquele que lhe oferece melhores condições - do que resulta uma igualdade de todos no processo de disputa por essa preferência -, nos entes públicos, como pessoas morais que são, pode haver um divórcio entre duas realidades: o melhor interesse (objetivo) da Administração e o melhor interesse (subjetivo) do administrador" (Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 1994, pág. 112).

O paralelo é muito feliz. Todas as normas legais que disciplinam o procedimento licitatório visam à escolha da melhor proposta. Aquilo que ocorre de modo quase automático no setor privado, movido pela necessidade de sobrevivência da empresa e da manutenção do emprego do seu agente, precisa ser definido através de um complexo de atos administrativos coordenados entre si com vista a atingir-se aquele objetivo. Se a empresa optar pela escolha de fornecedores com preços menos favoráveis, será incontinenti punida com a diminuição da margem de lucro, a impossibilidade de competir ou a perda do mercado. Imediatamente serão adotadas enérgicas providências contra o responsável pela decisão infeliz.

O mesmo não ocorre na tomada de decisões no setor público. A lei limita a margem de discricionariedade do agente, impondo-lhe certos regramentos na escolha do contratado. A decisão final é precedida de uma série de atos ordenados voltados para o objetivo de permitir à Administração Pública a tomada racional da decisão. Em contrapartida, há uma pulverização da responsabilidade, com a participação de diversos agentes públicos.

O procedimento licitatório, na perspectiva do contratado, implica em proporcionar a todos quantos se achem em determinada situação a oportunidade de contratar com o setor público. Todos são iguais perante a Administração Pública. Daí por que a cada interessado deve ser proporcionada a mesma oportunidade de submeter-se ao processo seletivo para escolha do contratado. É um corolário do princípio

constitucional da isonomia. Evita-se, desse modo, que os parceiros sejam escolhidos pelo critério da amizade pessoal, pela cor partidária ou em retribuição pelos investimentos na campanha eleitoral. Se examinado pelo lado do interesse administrativo, visualiza-se a escolha da proposta mais conveniente e mais vantajosa para o serviço público. Em consequência, impõe-se um limite ao arbítrio do agente.

Em sua definição, o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES destacou esse segundo aspecto ao definir a licitação como "*o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse*"(Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 18ª ed, pág. 247).

A essa síntese, pode-se aduzir a visão analítica do jovem professor do Mestrado da PUC do RGS, JUAREZ FREITAS, que enfatiza a existência de diversas modalidades de licitação, seus objetivos e peculiaridades, oferecendo a seguinte conceituação:

"Licitações são procedimentos administrativos formais através dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública, direta ou indiretamente, convoca interessados - no bojo de um certame isonômico, impessoal, probo e objetivo - tendo em vista a seleção da melhor proposta, quando pretende realizar ajuste relativo a obras, serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, na fase de habilitação, somente as provas indispensáveis de qualificação para garantir o cumprimento das obrigações assumidas" (Estudos de Direito Administrativo, Malheiros, 1995, pág. 147).

3. Princípios

O art. 3º da Lei de Licitações e Contratos ressalta que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, com a observância dos princípios básicos da *legalidade, da*

impeessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Procuremos analisar os pontos essenciais de cada um deles.

3.1 Legalidade

Na licitação desenvolve-se atividade tipicamente vinculada, submetida estritamente aos limites previstos na lei. A lei descreve minuciosamente os atos a serem praticados, reduzindo o poder decisório do administrador ao mínimo.

A discricionariedade da Administração existe apenas quanto à escolha do objeto da licitação ou ao momento em que vai instaurar o procedimento. A partir de então fica sempre jungida aos estritos limites da lei.

3.2 Moralidade e Probidade Administrativa

A lei deu especial destaque ao princípio da probidade administrativa, que é um dever geral de todo administrador público. A doutrina tem entendido que o conceito de moralidade abrange o de probidade. Impõe-se ao administrador não apenas a fiel observância das normas legais específicas. Deve ainda pautar a sua conduta dentro dos valores jurídicos acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Merece ser repetido aqui o ensinamento de MARÇAL JUSTEN FILHO:

"A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico

interesse dos particulares da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide, 2ª ed., pág. 32).

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 deu ênfase ao princípio da moralidade, arrolando-o como um dos princípios administrativos e sancionando os atos de improbidade com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e o ressarcimento do erário, sem prejuízo da ação penal (art. 37 e § 4º).

3.3 Igualdade e Impessoalidade

A exigência de *igualdade de condições a todos os concorrentes* no certame licitatório tem foro constitucional (art. 37, XXI). Lembra a Profª MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que o Supremo Tribunal Federal já julgou inconstitucional dispositivo de lei estadual que dá preferência às empresas estabelecidas naquele Estado (RDA 162/204), bem como de lei que estabeleceu deduções diversas em razão do local de industrialização dos bens fornecidos, por implicarem tratamento desigual (RDA 152/160) (Direito Administrativo, Atlas, 3ª ed., pág. 230). Todavia, esse princípio deve ser interpretado em harmonia com o disposto no art. 170, IX, com a redação da Emenda Constitucional nº 06/95, que arrola entre os princípios da ordem econômica "*o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte*".

A observância do princípio da igualdade leva à impessoalidade. Veda-se a preferência por determinadas pessoas. Proíbe-se a discriminação de qualquer interessado. Se todos são iguais, a escolha deve ser impessoal.

3.4 Publicidade

A ampla publicidade da licitação tem o objetivo de permitir o conhecimento dos atos praticados, ensejando o questionamento dos seus

diversos aspectos. Ela se inicia com a notícia de sua abertura, com a publicação do edital, até a publicação do resultado.

As restrições devem ser limitadas. A Lei é taxativa:

"A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura" (§ 3º do art. 3º).

3.5 Vinculação ao Instrumento Convocatório

A Administração elabora o edital de acordo com o objeto. Esse momento é de fundamental importância, porque o instrumento convocatório obriga, do mesmo modo, os licitantes e a própria Administração.

O edital é a lei interna da licitação. O art. 41 da lei em vigor enfatiza o que já era pacífico na doutrina e jurisprudência: *"A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada"*.

3.6 Julgamento Objetivo

O julgamento objetivo decorre da observância do princípio da legalidade. Deve o julgamento ficar adstrito às normas fixadas no edital (arts. 43 a 45 da Lei de Licitações), possibilitando a aferição pelos licitantes e pelos órgãos competentes para o controle administrativo.

É defeso ao agente público avaliar as propostas segundo critérios subjetivos, não estabelecidos no instrumento convocatório, desconsiderando-se qualquer oferta de vantagem não prevista no instrumento convocatório, inadmitindo-se proposta que apresente preços irrisórios, incompatíveis com os praticados no mercado.

3.7 Princípios Correlatos

Pode-se arrolar entre os princípios correlatos, o que assegura a participação da sociedade na fiscalização das licitações. A Lei de Licitações assegura a qualquer cidadão o direito de requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (art. 7º, § 8º, da Lei de Licitações), bem como de impugnar o preço que se mostrar incompatível com o vigente no mercado (art. 15, § 6º).

Como preconiza JUAREZ FREITAS, impende que tais mecanismos sejam difundidos para uma mudança cultural "*a exigir bem mais do que uma simples reengenharia do setor público* (ob. cit., pág. 151), com a maior participação do cidadão no controle de tais procedimentos.

TOSHIO MUKAI refere-se ao princípio da competitividade ou oposição, dando ênfase à necessidade de disputa entre os interessados (Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos, Saraiva, 2ª ed., pág. 19). A competitividade é essencial no procedimento. Assim, estão vedados todos os artifícios que possam impedir a participação dos interessados. Segue-se daí a vedação de cláusulas ou condições que comprometam a competição (§ 1º do art. 3º).

Cabe ainda lembrar o princípio da adjudicação compulsória, destacado por HELY LOPES MEIRELLES. Segundo este princípio, fica vedada a abertura de nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior. Adverte, porém, "*que o direito do vencedor limita-se à **adjudicação**, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato*" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 18ª ed., pág. 251). A ressalva é justificada porque a Administração pode revogar ou anular o procedimento ou, também, adiar o contrato, em determinadas situações devidamente justificadas. Não pode, porém, contratar com outrem enquanto válida a adjudicação.

4. Modalidades

A Lei prevê as seguintes modalidades de licitação: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) concurso; e) leilão.

As três primeiras são as formas usuais e são determinadas em função do valor estimado para a licitação. A Administração está autorizada a utilizar a forma licitatória mais abrangente (§ 4º do art. 23), sendo-lhe defeso a utilização de convite ou tomada de preços para parcelas de uma mesma obra ou serviço, quando o somatório dos valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência (§ 5º do art. 24).

A natureza e limites do presente trabalho impõe que consideremos apenas alguns dos seus elementos essenciais.

4.1 Concorrência

A concorrência é definida como "a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do seu objeto" (§ 1º do art. 22).

É a modalidade mais importante porque permite a mais ampla participação dos interessados. A fase de habilitação se destina a verificar se o candidato possui os requisitos de idoneidade necessários para ter sua proposta apreciada.

4.2 Tomada de Preços

Realiza-se esta modalidade "entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação" (§ 2º do art. 22).

Aqui o procedimento se torna menos amplo. Simplifica-se na medida em que os interessados já se acham previamente cadastrados

junto à entidade promotora da licitação. A idoneidade e a capacitação são previamente aferidas. Permitiu-se, porém, que os interessados ainda não cadastrados possam atender tal exigência até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas. Desse modo, satisfaz-se a necessidade de mais ampla participação dos competidores de determinado setor. Deve, assim, o edital esclarecer quais as condições a serem preenchidas para cadastramento.

4.3 Convite

Segundo os termos da lei "convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa". A definição é acompanhada de regra procedimental quanto à afixação, em local apropriado, de cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

O Decreto-Lei nº 2.300/86 não previa a obrigatoriedade da divulgação e facultava à Administração a escolha dos participantes. Agora, admite-se a participação dos demais cadastrados que manifestarem interesse.

Em sua conhecida obra, MARÇAL JUSTEN FILHO escreve:

"O princípio da isonomia exige que **todos** os cadastrados sejam convidados, independentemente da possibilidade de terceiros (não integrantes do cadastro) também virem a sê-lo" (ob. cit., pág. 120). Com efeito, é recomendável a ampliação do número de licitantes.

Deve o agente público proporcionar a oportunidade a quantos possam oferecer propostas, a fim de aumentar as chances de melhor escolha. Nesse sentido, está prevista a obrigatoriedade, havendo mais de

três possíveis interessados, da convocação de, pelo menos, mais um a cada novo convite (§ 6º do art. 22). Do mesmo modo, dispõe que, na impossibilidade da participação do número mínimo de licitantes, esse fato será devidamente justificado (§ 7º do art. 22).

4.4 Concurso

Promove-se o concurso "entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias" (§ 4º do art. 22).

É claro que devem ser observados os princípios gerais da licitação, sobretudo quanto ao estabelecimento de critérios objetivos de julgamento.

4.5 Leilão

Por fim, o leilão ocorre "entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance igual ou superior ao valor da avaliação" (§ 5º do art. 22).

Duas observações: a primeira, de que os bens penhorados serão alienados no processo judicial respectivo; a segunda, de que a redação original não fazia referência a alienação de bens imóveis.

A lei omitiu-se quanto aos critérios adotados para o leilão. Devem ser buscados nas normas já existentes no Direito Processual Civil e no Direito Comercial.

5. Procedimentos

A licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos coordenados e dirigidos com o fim de atingir-se determinado fim, qual seja, a escolha da melhor proposta para a Administração.

Cabe distinguir dois procedimentos: um interno e outro externo.

No primeiro, realizam-se as atividades que vão da definição do objeto até a elaboração do edital ou da carta-convite. Às vezes, torna-se de extrema complexidade, como na área de informática. A aquisição do novo sistema de computação para os Tribunais Regionais Federais foi precedida de reuniões entre os especialistas de todo o Brasil durante todo um semestre, devido à necessidade de definição rigorosa dos diversos itens.

O procedimento interno deve merecer especial cuidado no seu desenvolvimento. Inicia-se com a autorização para abertura do certame, indicando seu objeto e o recurso orçamentário para atendimento da despesa, com a estimativa do valor respectivo, culminando na elaboração do edital ou do convite.

O procedimento externo é desenvolvido segundo as seguintes fases:

- a) abertura da licitação;
- b) habilitação dos licitantes;
- c) julgamento e classificação das propostas;
- d) homologação e adjudicação.

A Lei especifica os documentos, atos, termos e peças que deverão ser juntados ao procedimento, tais como o edital ou convite e

anexos, os originais das propostas, recursos, comprovantes de publicações, etc.

Dispõe, ainda, que as minutas de editais de licitação, bem como a dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinados e aprovados pela assessoria jurídica da Administração, atribuindo a esse órgão importante função de controle.

5.1 Abertura da Licitação

Pela abertura da licitação, a Administração manifesta o seu propósito de selecionar a proposta mais vantajosa, nas condições então estabelecidas. O instrumento através do qual se materializa tal intenção é o edital, para a concorrência e a tomada de preço, que será divulgado pela imprensa, e pela remessa do convite aos interessados, com afixação de cópia para conhecimento público.

Cabe assinalar que a Lei trouxe uma importante inovação, prevendo a realização de uma audiência pública nas licitações de grande vulto, assim entendido aquele que for superior a cem vezes o limite da concorrência, para uma licitação ou para o conjunto de licitações sucessivas ou simultâneas. A audiência será presidida pela autoridade responsável, após divulgação com antecedência mínima de dez dias, e terá a finalidade de fornecer informações e colher a manifestação dos interessados. Como se realiza antes da publicação do edital, pode até determinar a correção de algum equívoco nesse instrumento.

O art. 40 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos enuncia com minudência os diversos itens que devem ser observados pelo edital. Este desempenha importantes funções, que C. A. BANDEIRA DE MELLO assim distinguiu:

"a) dá publicidade à licitação;

- b) identifica o objeto da licitação e delimita o universo das propostas;
- c) circunscreve o universo dos proponentes;
- d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;
- e) regula atos e termos processuais do procedimento;
- f) fixa cláusulas do futuro contrato"(Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Malheiros, pág. 261).

5.2 Habilitação

A segunda fase da licitação inicia-se após o encerramento do prazo para o recebimento dos documentos de habilitação e propostas.

Nas concorrências, é uma fase isolada. Os participantes entregam os documentos de habilitação e as respectivas propostas em envelopes separados.

A Lei limita a exigência dos documentos quanto a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (art. 27).

A habilitação é um ato de aferição da idoneidade dos proponentes para licitar. Verificando que foram preenchidos os requisitos exigidos no edital, a Administração manifesta o reconhecimento de que o interessado está apto a licitar. Assegura ao participante o direito de não ser desclassificado por motivo relacionado com a habilitação, uma vez ultrapassada esta fase, a não ser em razão de fatos supervenientes ou que só se tornaram conhecidos após o julgamento. Por outro lado, também impede que o licitante possa desistir da proposta, salvo motivo justo decorrente de acontecimento novo e aceito pela Comissão.

5.3 Julgamento e Classificação das Propostas

Ultrapassada a fase de habilitação, passa-se à fase seguinte, com o julgamento e classificação das propostas.

A abertura ocorrerá em sessão pública, previamente designada, com a lavratura de ata assinada pelos presentes.

O julgamento será objetivo, atendendo-se os critérios estabelecidos no edital. A lei veda expressamente a utilização de critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (§ 1º do art. 44).

O critério a ser adotado para o julgamento e classificação das propostas ficará na dependência do tipo de licitação, ou seja: a de menor preço, a de melhor técnica e a de técnica e preço. Admite ainda o critério de maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Em seguida, serão as propostas classificadas de acordo com as vantagens oferecidas, segundo os termos editalícios, por ordem numérica a partir da mais vantajosa. Havendo empate, a classificação se dará por sorteio, em ato público, com a convocação de todos os licitantes (§ 2º do art. 45).

Segundo a lei, serão desclassificadas as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório ou que ofereçam valor global superior ao limite estabelecido, inviável ou inexeqüível.

Havendo inabilitação ou desclassificação geral, poderá a Administração fixar o prazo de oito dias para a apresentação de novos documentos ou propostas (par. ún. do art. 48).

5.4 Adjudicação e Homologação

Classificadas as propostas, cabe à autoridade competente a deliberação quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

De acordo com a nova Lei (art. 43, VI) tanto a homologação quanto à adjudicação são atos praticados pela autoridade que determinou a instauração do procedimento, e não pela Comissão de Licitação.

A homologação é o ato pelo qual a autoridade confirma os atos praticados até então pela Comissão de Licitação, reputando-os válidos e eficazes.

A adjudicação implica no reconhecimento formal de que a proposta vencedora atende ao interesse da Administração e está apta a com ela celebrar o contrato, caso esta queira.

Vale recorrer, mais uma vez, ao ensinamento de MARÇAL JUSTEN FILHO:

"Pela nova Lei, não há, antes da homologação, uma "adjudicação" nem haveria possibilidade de a Administração adjudicar sem ter, anteriormente, homologado. A homologação deriva da análise global e completa dos trabalhos da autoridade responsável pela licitação. A adjudicação concentra-se no resultado da licitação. Pressupõe a homologação da qual decorre"(ob. cit. págs. 254/255).

Após a adjudicação, cumpre promover a convocação do adjudicatário para a assinatura do contrato. Não sendo atendida tal convocação, decairá o direito de contratação para o adjudicatário, sem prejuízo das consequências previstas no art. 81 da lei, ou seja, reconhecer-se como caracterizado o descumprimento total da obrigação assumida, com aplicação das sanções previstas: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, ou

declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes para a punição.

Em comentário a tal dispositivo, anota com acerto JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:

“O art. 81 cria presunção **juris et de jure** ao equiparar a descumprimento total de obrigação contratual fato anterior ao contrato. Com efeito, a recusa do adjudicatário a contratar é a negação do acordo de vontades sobre o qual repousa toda relação e sem o qual não existe contrato”(Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, pág. 486).

Não sendo atendida a convocação pelo adjudicatário, poderá a Administração convocar os demais pela ordem de classificação para a assinatura do contrato, nas mesmas bases propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços. Esses, evidentemente, não são obrigados a aceitar o contrato.

6. Propostas de Alteração

O Governo Federal, através do Ministério da Administração e Reforma do Estado, tem colocado na ordem do dia a necessidade de elaboração de nova legislação sobre licitações. A lei em vigor, sem dúvida, apresenta aspectos que precisam ser reformulados, a começar pela abrangência de muitos dos seus dispositivos aos Estados e Municípios.

Algumas reflexões merecem ser feitas. O atual estatuto foi resultado de uma longa discussão na sociedade, com participação dos seus órgãos mais representativos, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao lado de seus muitos defeitos, que podem ser remediados, a Lei apresenta muitas qualidades, como se pôde ver ao longo desta exposição. Ela incorporou alguns princípios e idéias de há muito

preconizados na melhor doutrina, buscando limitar a discricionariedade dos agentes públicos, prevenindo e desestimulando ações danosas para a sociedade, pelo conúbio espúrio de maus administradores e maus empresários.

Em maio deste ano, o jornal Folha de São Paulo publicou artigo do empresário EDUARDO RIBEIRO CAPOBIANCO sob o significativo título: **“Não é preciso corromper para ser empreiteiro”**. Nesse trabalho, argumenta que a Lei 8.666/93, ao retirar do administrador a atribuição para definir os critérios de qualificação e julgamento, fê-lo perder o principal atributo para atrair o avanço dos fornecedores desonestos. E assinala que hoje “o empreiteiro não precisa mais corromper para trabalhar”. Em relação aos que defendem uma revisão profunda da legislação a caminho de “agilização dos procedimentos do Estado”, observa: “O que a lei de fato ‘atrapalha’ é a possibilidade de administradores e empreiteiros desonestos entrarem em conluio. Assim, os motivos apresentados em favor de uma “agilização” dos processos de licitação são precisamente os motivos que o cidadão consciente deve abominar” (Folha, edição de 12.05.96, cad. 2, pág. 2).

Mais recentemente, tivemos a felicidade de ler a manifestação de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, ilustre Professora Titular da PUC-MG e Procuradora do Estado de Minas Gerais, que em ensaio intitulado **“Sobre uma Nova Legislação de Licitações para o País”** (Boletim de Licitações e Contratos, ano IX, n. 6, junho de 1996, Ed. NDJ Ltda.), mostrou argumentos que, em apertada síntese, podem ser assim resumidos: a) os problemas administrativos gerados pela corrupção, que não sofreram significativas mudanças para melhor nos últimos anos, não serão resolvidos com a maior liberalidade licitatória ou contratual; b) não parece sensata a adoção em matéria de licitações e contratos da mesma rotatividade legislativa que é apontada como um dos males do sistema legal eleitoral brasileiro; c) o tratamento jurídico de licitações por Medida Provisória afronta a Constituição e fraudula o princípio democrático da

participação popular na feitura de leis; d) se uma lei amplamente discutida, como foi a Lei 8.666/93, nasceu repleta de vícios, imagine-se uma lei feita em gabinetes palacianos, sem qualquer discussão; e) não se ouse instituir uma lei de licitações para outro Estado que não se adapte à realidade administrativa brasileira.

Essa abalizada opinião é corroborada pelo também ilustre Professor Adjunto da PUC-MG, CARLOS PINTO COELHO DA MOTTA (**Proposta de Alteração na Lei n. 8.666/93**, in Boletim de Licitações e Contratos, Ano IX, setembro de 1996), que também não aceita a afirmativa de que a Lei seria causa do emperramento e ineficiência dos atuais processos licitatórios. Todavia, mostra-se favorável à alteração de alguns dispositivos cuja aplicação tem-se revelado inviável ou nociva à agilidade e eficácia dos certames. Nesse sentido, lista vinte sugestões de alterações do texto legal, dos quais destaco as seguintes:

Parágrafo 2º do art. 21. O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento, para o concurso ou a concorrência, no caso de empreitada integral, ou se a licitação for do tipo melhor técnica ou melhor preço, deve ser reduzido de 45 dias para 30 dias. Sem dúvida, a sugestão é aceitável, tendo em vista que o interregno sugerido guarda adequação para o fim previsto na norma e contribuiria para a maior celeridade do procedimento.

Arts. 24 a 26, que se referem à dispensa e inexigibilidade das licitações. O número de hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação é realmente excessivo, atingindo 44,7% do montante da despesa do Governo Federal em 1995. Segundo o autor citado, “a lei brasileira de licitação é a mais extensa e casuística da América Latina, com um recorde absoluto de minudentes hipóteses de dispensa”. Também procede a crítica no sentido de que a Lei inclui como de dispensa hipóteses que seriam mais bem classificadas como de inexigibilidade de licitação. Dispensa ocorre quando é viável a competição, mas se mostra, no caso especial,

inconveniente ao interesse público; a inexigibilidade verifica-se quando for inviável a competição. Assim, a doutrina vem entendendo que se enquadrariam melhor como de inexigibilidade as hipóteses listadas no art. 24 como de dispensa, nos incisos X ("compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia") , XV ("para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidades) e XIX ("para as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto).

Art. 30, Par. 1º., II. Tal dispositivo, vetado no Projeto de Lei, dizia respeito à capacitação "técnico-operacional". Como se acha vedada a exigência de outras aptidões, resulta que em licitação de obras e serviços somente tem cabimento a exigência quanto à qualificação técnico-profissional, que diz respeito apenas à existência no quadro da empresa de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes.

Art. 31, I. O dispositivo refere-se à qualificação econômico-financeira e exige a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações do último exercício financeiro. A proposta é no sentido de instituir-se a exigência do balanço de abertura, no caso de empresa recém-constituída, permitindo a ampliação do universo de competidores.

Art. 43, Par. 3º. A redação atual faculta à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência para esclarecer ou complementar a instrução do processo. Veda,

entretanto, “a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”. A idéia é no sentido de permitir-se o suprimento de erros materiais e omissões dos licitantes, tornando o procedimento licitatório menos formalista e burocrático.

Quanto a esse aspecto, os magistrados precisam ficar atentos a certos questionamentos que visam a criar estorvos ao vencedor da licitação, a título de homenagear o princípio do devido processo legal. Em casos de obras públicas urgentes é preciso ter redobrada cautela antes do deferimento de uma liminar para sua suspensão, pois o adiamento poderá acarretar o chamado “periculum in mora” inverso, com danos irreparáveis à saúde e à segurança da comunidade.

Parece-me, também, que seria louvável a extensão da audiência pública dos interessados em reunião previamente convocada também para o caso de concorrências em que pudesse haver necessidade de esclarecimentos quanto a itens específicos do edital, com lavratura de ata assinada pelos presentes. Essa prática já foi experimentada em 1993 no TRF da 5ª Região.

7. Conclusão

O tema relativo às Licitações deve merecer especial atenção dos profissionais do Direito. Está profundamente ligado às prerrogativas da cidadania, proporcionando a todos a oportunidade de participar das decisões administrativas, contribuindo de modo efetivo para o aperfeiçoamento dos costumes e das práticas administrativas.

Houve época em que o cidadão comum assistia inerte ao mal uso dos recursos públicos, com obras superfaturadas ou com editais dirigidos a determinadas empresas. Hoje, a lei permite sua efetiva participação, atribuindo-lhe legitimidade para impugnar edital, acompanhar os gastos públicos com as compras feitas pela Administração,

representar ao Tribunal de Contas quanto às violações na aplicação da Lei (§ 1º do art. 113).

O aperfeiçoamento das instituições democráticas depende da efetiva participação de todos. Impende que todos acompanhemos com atenção as mudanças por que passa a Sociedade, oferecendo nossa experiência no trato com as normas jurídicas, sobretudo as que cuidam de temas tão importantes para o aprimoramento dos costumes e das instituições, como é o caso da Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos.

Bibliografia

01. BASTOS, Celso Ribeiro. - Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 1994.

02. CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro. - "Não é preciso corromper para ser empreiteiro" - Folha, edição de 12.05.96.

03. FREITAS, Juarez. - Estudos de Direito Administrativos, Malheiros, 1995.

04. GASPARINI, Diógenes. - Direito Administrativo - 3ª ed., Saraiva.

04. JUSTEN FILHO, Marçal. - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide, 2ª ed.

05. MEIRELLES, Hely Lopes. - Direito Administrativo, Malheiros, 18ª Edição.

06. MELLO, Celso Antônio Bandeira. - Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Malheiros.

07. MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. - "Proposta de Alteração na Lei 8.666/93" - Boletim de Licitações e Contratos, Ano IX, Set/96.

08. MUKAI, Toshio. - Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos, 2ª ed., Saraiva.

09. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. - Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública, Renovar.

10. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. - Direito Administrativo, Atlas, 3ª Edição.

11. RIGOLIN, Ivan Barbosa. - Manual Prático das Licitações - São Paulo, Saraiva, 1993.

12. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. - "Sobre uma Nova Legislação de Licitação para o País" - Boletim de Licitações e Contratos, ano IX, nº 6, junho/96, Editora NDJ Ltda.

13. SZKLAROWSK, Leon Frejda. – "Contratos Administrativos (Apostila do TCU) Anotações à Lei 8.666/93" Internet. [Http://www.teiajuridica.com/](http://www.teiajuridica.com/).